

Tilburg University

Twintig jaar nieuw BW

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:
Ars Aequi

Publication date:
2012

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2012). Twintig jaar nieuw BW: bijzondere overeenkomsten. Van oude wetboeken, de dingen die voorbijgaan... *Ars Aequi*, 61(11), 869-874.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Verschenen in: Ars Aequi 2012/11, p. 869-874)

Twintig jaar nieuw BW: bijzondere overeenkomsten

Van oude wetboeken, de dingen die voorbijgaan...

T.F.E. Tjong Tjin Tai

Twintig jaar bijzondere overeenkomsten hebben veel opgeleverd voor specialisten, doch weinig voor algemene civilisten. Daarnaast roepen de ontwikkelingen de vraag op wat nog de zin is van een boek over bijzondere overeenkomsten in een tijd van europeanisering, specialisatie, consumentenbescherming, en verschuiving naar het publiekrecht. Een snelle duik in de geschiedenis laat echter zien dat dit een eeuw geleden niet anders was. Mits we met voldoende sobere verwachtingen naar de codificatie kijken, kunnen we vrij tevreden zijn met de regeling van bijzondere overeenkomsten.

1. Inleiding

Hoe dacht men in 1992 dat het recht inzake bijzondere overeenkomsten er twintig jaar later voor zou staan? De codificatie in Boek 7 BW betrof grotendeels nog uit het Romeins recht stammende figuren die op basis van verdere inzichten waren verfijnd; het lag in de lijn der verwachtingen dat de regelingen slechts op enkele details bijstelling zouden behoeven. Alleen voor echt nieuwe regelingen als die van de opdracht zouden grotere ontwikkelingen verwacht kunnen worden. Daarnaast was de bedoeling dat geleidelijk nog meer overeenkomsten zouden worden ge(her)codificeerd, zowel die welke in Boek 7A resteerden als enkele nieuwe typen. Het ideaal zou een volledige, kwalitatief hoogstaande codificatie van alle relevante bijzondere overeenkomsten zijn.¹

In werkelijkheid is het anders gelopen. In de beperkte ruimte die mij ter beschikking staat, kan ik niet uitputtend of zelfs maar met een pretentie van

· Hoogleraar privaatrecht, Tilburg University.

¹ Ik beperk mij tot Boek 7 en 7A.

volledigheid ingaan op alle ontwikkelingen.² Ik zal slechts een paar impressies weergeven onder drie aspecten: continuïteit, stagnatie en perspectiefwisseling. Daarnaast zal ik trachten de hoofdlijnen van de ontwikkelingen schetsmatig weer te geven.

2. Stand van zaken

In 1992 was al duidelijk dat de vervollediging van Boek 7 BW een zaak van lange adem zou worden. Op dat moment bevatte het slechts vier titels: koop en ruil, lastgeving,³ bewaarneming en borgtocht. Sedertdien zijn er grote stappen gezet: omgezette en nieuwe titels inzake de opdracht (1 september 1993), arbeidsovereenkomst en vaststellingsovereenkomst (1 april 1997), schenking (1 januari 2003), huurovereenkomst (1 augustus 2003), aanneming van werk (1 september 2003), verzekeringsovereenkomst (1 januari 2006), pacht (1 september 2007) zijn ingevoerd, alsmede diverse nieuwe titels van Europese herkomst: de reisovereenkomst (1 januari 1993), financiële zekerheidsovereenkomst (20 januari 2006), en betalingstransactie (1 november 2009). De teller staat nu op vijftien titels.

Sommige titels bevatten afdelingen die bijzondere subsoorten regelen welke ook vaak afzonderlijk worden beschouwd, bijvoorbeeld de agentuurovereenkomst, geneeskundige behandelingsovereenkomst (van kracht sedert 1 april 1995), bemiddeling en koop op afbetaling.

Overigens is in de titel inzake koop ook de overeenkomst op afstand⁴ in het algemeen geregeld, via een wat gewrongen constructie, waarbij eerst de koop op afstand is geregeld en vervolgens voor overeenkomsten tot verrichten van diensten de betreffende bepalingen deels van toepassing worden verklaard (art. 7:46i BW). Dit is niet een echte bijzondere overeenkomst, nu zij alleen gekenmerkt wordt door de wijze van totstandkoming, niet door haar inhoud.

² Een uitvoeriger overzicht geeft B. Wessels en A.J. Verheij, *Bijzondere overeenkomsten* (SBR deel 5), Deventer: Kluwer 2010, p. 1- 20 (B. Wessels). Zie eerder B. Wessels, 'Overzicht van de Nederlandse Rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten' *WPNR* 6125-6128 (1994), p. 140-146, 162-164, 189-191, 205-212; A.F. Salomons, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Rechtspraak Hoge Raad inzake bijzondere overeenkomsten', *WPNR* 6247-6250 (1996), p. 867-869, 887-891, 911- 914, 932- 935; T. Hartlief, 'Vijf jaar nieuw vermogensrecht; bijzondere overeenkomsten', *NTBR* 1997-8, p. 225-236; A.E.B. ter Heide e.a., 'Kroniek bijzondere overeenkomsten', *NTBR* 2006/52, p. 345-356.

³ Later onderdeel van de opdracht.

⁴ Op grond van Richtlijn 97/7/EG.

Het is niet gelukt om Boek 7A geheel om te zetten. Naast de maatschap (die zou worden vervangen door de op de valreep gesneuvelde titel over personenvennootschappen)⁵ staan in dat boek nog de koop op afbetaling, huurkoop, (ver)bruikleen en spel en weddenschap.

3. Continuïteit

De ontwikkelingen rond Boek 7 laten een belangrijke mate van continuïteit zien. Jurisprudentie en doctrine hebben zich, zo valt achteraf te constateren, betrekkelijk geruisloos aangepast aan de nieuwe titels. Zo gaat bij de opdracht de jurisprudentiële norm van ‘redelijk handelend en redelijk bekwaam’ beroepsbeoefenaar⁶ probleemloos samen met de wettelijke eis van handelen met de zorg van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW): beide lijken een identieke inhoud te hebben. De continuïteit wordt bevorderd doordat oude rechtspraak in beginsel geldig blijft,⁷ behalve waar de nieuwe norm afwijking beoogt. We zien dan ook dat de jurisprudentie voor en na de codificatie meestal gelijk bleef.⁸ De Hoge Raad heeft verder geholpen door te anticiperen op de nieuwe regeling.⁹

Wellicht te veel continuïteit zagen we bij de arbeidsovereenkomst en huurovereenkomst, waar de wetgever heeft afgezien van een grondige systematische doordenking van de regeling en slechts relatief geringe wijzigingen heeft aangebracht. Wel goed aangepakt is de verzekeringsovereenkomst, die ingrijpend gemoderniseerd is, waarbij in het bijzonder genuanceerder wordt omgegaan met vervalbedingen en schending van verplichtingen.

De ontwikkelingen in de literatuur volgden eveneens bekende patronen. Naast oudere overzichten over bijzondere overeenkomsten¹⁰ zijn er de handboeken. Het belangrijkste is Wessels/Verheij,¹¹ daarnaast is er het Handboek Consumentenrecht¹² voor overeenkomsten die voor consumenten relevant zijn. De Tekst & Commentaar

⁵ Zie de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 5 september 2011, 5708213/11/6.

⁶ HR 6 november 1990, *NJ* 1991, 26.

⁷ H.J. Snijders noemde dit retrocipatie: *Retrocipatie* (intreerede Leiden), Deventer: Kluwer 1995.

⁸ Bijv. de zojuist genoemde norm voor beroepsbeoefenaren.

⁹ Bijv. HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 160 inzake thans art. 7:941 lid 5 BW.

¹⁰ Zie verwijzingen bij Wessels en Verheij 2010, p. 16.

¹¹ Wessels en Verheij 2010.

¹² E.H. Hondius, G.J. Rijken en M.M.R. van Ardenne-Dick (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2011.

geeft beknopte informatie. De Pitlo¹³ en het Compendium Bijzondere overeenkomsten zijn niet meer bijgewerkt sinds respectievelijk 1994 en 1998; de Groene Serie Bijzondere Overeenkomsten is gedeeltelijk bijgehouden. De relevante Asser-delen zijn wel bijgewerkt, er zijn diverse delen verschenen in de reeks Monografieën BW, naast tal van boeken op de functionele deelgebieden.¹⁴ Daarnaast zijn er twee algemenere bundels¹⁵ en een artikel.¹⁶ Wat opvalt is de toename aan gespecialiseerde tijdschriften, ook ten aanzien van jurisprudentie.¹⁷ Deze specialisatie was al langere tijd gaande; zij heeft zich voortgezet in zodanige mate dat er niet geheel ten onrechte wordt geklaagd dat specialisten vergeten dat er ook iets bestaat als een algemeen vermogensrecht.¹⁸

Verder zijn reeds gecodificeerde titels af en toe gewijzigd. Men zie de regeling van de WCAM¹⁹ in de titel inzake de vaststellingsovereenkomst, en de vele wijzigingen in het arbeidsrecht en kooprecht.

4. Jurisprudentie

Een analyse van de jurisprudentiële ontwikkelingen rond Boek 7 is onmogelijk binnen een bestek als het onderhavige. Laat ik volstaan met vast te stellen dat de ontwikkelingen nogal verspreid zijn; veel bepalingen zijn niet of nauwelijks bij de Hoge Raad aan de orde gekomen, terwijl andere ruimschoots aandacht hebben gekregen. Als voorbeelden van de laatste categorie noem ik de aanneming van een werkgeversverzekering op grond van artikel 7:611 BW,²⁰ het fijngesponnen

¹³ A.L. Croes e.a., Pitlo: *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, deel 6, Bijzondere overeenkomsten (9e dr.), Gouda Quint: Arnhem 1995.

¹⁴ Dit alles is te veel om hier op te noemen.

¹⁵ G.T. de Jong e.a. (red.), *Algemeen-Bijzonder: de wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003; P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

¹⁶ W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RM Themis* 2003, p. 297-307.

¹⁷ Voor jurisprudentie is bijvoorbeeld de *JAR* zeer succesvol gebleken; een algemeen tijdschrift met bijzondere interesse voor Boek 7 is *NTHR*.

¹⁸ Ten aanzien van de geneeskundige behandelingsovereenkomst: T. Hartlief, 'Beweging in het contractenrecht. Het belang van het algemeen deel', in: De Jong e.a. 2003, p. 41-51; T. Hartlief, 'De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht' (preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu 2007, p. 53-121; vgl. B. Sluyters, 'De WGBO, onderdeel van het burgerlijk recht', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1996-1, p. 2-7.

¹⁹ Zie art. 7:907-910 BW.

²⁰ De ontwikkeling begon met HR 18 maart 2005, *NJ* 2009, 328 (De Kuijer/KLM) en is afgesloten met HR 11 november 2011, *NJ* 2011, 597, zie noot Hartlief bij dit laatste arrest.

web omtrent de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW,²¹ het conformiteitsvereiste (art. 7:17 BW),²² de klachtplicht (en de verjaringstermijn) van artikel 7:23 BW²³ en de talloze uitspraken over beroepsaansprakelijkheid.²⁴ Incidentele uitspraken zijn er bijvoorbeeld over de Vormerkung (art. 7:3 BW)²⁵ en het schriftelijkheidsvereiste (art. 7:2 BW),²⁶ en overigens verspreid over het gehele Boek 7 BW. Deze betreffen veelal details, zoals het blokkeringsrecht van een medisch gekeurd individu (art. 7:464 lid 2 BW),²⁷ de bewijslast van misbruik van omstandigheden ingeval van schenking (art. 7:176 BW)²⁸ en wie de reisorganisator in de zin van artikel 7:500 BW is.²⁹ Deze vereisen behoorlijke kennis van de specifieke regeling. Wie de ontwikkelingen in meer detail wil weten, kan het beste de handboeken op de verschillende deelgebieden consulteren, of de *NJB*-kronieken raadplegen. **Voor algemene civilisten zijn er nauwelijks noemenswaardige ontwikkelingen geweest; de ontwikkelingen zijn alleen voor de specialisten op deelgebieden belangrijk, verrassend of omstreden.**

De Hoge Raad heeft oog voor de context en de systematiek van de bijzondere regelingen, zoals blijkt uit de uitwerking van het systeem,³⁰ doch plaatst de bijzondere regeling ook uitdrukkelijk binnen het bredere kader van het algemene vermogensrecht.³¹ Algemene regels als de redelijkheid en billijkheid worden

²¹ Zie bijv. S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Privaatrecht 13), Deventer: Kluwer 2009. De lijn is een toenemende zorgplicht tot ongeveer 2005, waarna duidelijke grenzen zijn getrokken, ofschoon de zorgplicht nog steeds veel eist.

²² Onder meer HR 23 december 2005, *NJ* 2010, 62; HR 20 maart 2009, LJN: BG8788; HR 21 mei 2010, *NJ* 2010, 275. De rechtspraak verduidelijkt diverse aspecten.

²³ Laatstelijk HR 15 april 2011, LJN: BP0630 respectievelijk HR 27 april 2012, *NJ* 2012, 293. Het toepassingsbereik van de klachtplicht is (na een eerdere wildgroei in lagere jurisprudentie, vgl. F.J. de Vries, 'Binnen bekwame tijd', in: E.M. Hoogervorst e.a., *Termijnen* (BW-krant jaarboek 20), Deventer: Kluwer 2004, p. 9-20) met de eerstgenoemde uitspraak gelukkig minder belangrijk gemaakt, doordat de nadruk wordt gelegd op het werkelijke nadeel voor de verkoper.

²⁴ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV*, nr. 191-211. De algemene lijn is een verscherping van zorgplichten.

²⁵ HR 6 februari 2009, *NJ* 2009, 344 en HR 8 oktober 2010, *NJ* 2012, 211.

²⁶ HR 9 november 2011, LJN: BU7412.

²⁷ HR 26 maart 2004, *NJ* 2009, 340 en HR 12 augustus 2005, *NJ* 2009, 341.

²⁸ HR 2 november 2007, *NJ* 2008, 551.

²⁹ HR 11 juni 2010, *NJ* 2011, 448.

³⁰ Bijv. HR 23 mei 2003, *NJ* 2003, 518 inzake loon bij bemiddeling, waarin is gezegd dat art. 7:426 BW een aanvulling is op art. 7:411 BW, of HR 15 juni 2012, LJN: BW0727, waarin de aansprakelijkheid van bindend adviseurs wordt gerelateerd aan de beperkte mogelijkheden om bindend advies aan te tasten (art. 7:904 BW).

³¹ Bijv. HR 4 september 2009, *NJ* 2009, 398: in casu dwaling op grond van verzwegen belangentegenstelling, HR 27 maart 2009, LJN: BH1544: vaststellingsovereenkomst zet verjaringsregeling opzij, HR 4 juni 2004, *NJ* 2006, 323 over de verjaring van de regresvordering van de borg.

probleemloos ingezet bij bijzondere overeenkomsten.³² Daarnaast komt herhaaldelijk de kwalificatievraag naar voren: valt een casus onder een regeling en zo ja, welke?³³ Bovendien kunnen meerdere regelingen van toepassing zijn, zie dan artikel 6:215 BW.³⁴

Tot slot wijs ik erop dat er op diverse deelgebieden ook toenemende jurisprudentie van het Hof van Justitie is, met name ten aanzien van koop, overeenkomst op afstand (die in de titel inzake koop is geregeld), agentuur en reisovereenkomst.³⁵

Het enige beeld dat van een afstand kan worden geschetst, is een grote hoeveelheid kleine details waar geen algemene lijnen in zijn te trekken, met slechts een paar grotere ontwikkelingen, die evenwel opnieuw vooral betekenis hebben voor de desbetreffende specifieke deelgebieden.

5. Stagnatie

Niettegenstaande de gestage rechtspraak over Boek 7 is de codificatiegedachte inmiddels ernstig verzwakt. Dit blijkt onder meer uit de sterk wisselende aandacht die de verschillende overeenkomsten ontvangen in jurisprudentie en literatuur. Naast de in paragraaf 3 besproken ‘publiekstrekkingen’ zijn er de borgtocht³⁶ en bewaarneming: eerbiedwaardige erfenissen uit het Romeinse recht waar nauwelijks meer een jurist in geïnteresseerd lijkt te zijn.³⁷ Dit valt deels te verklaren doordat deze overeenkomsten het moeten stellen zonder functioneel rechtsgebied. Verzekeringsrecht en arbeidsrecht bijvoorbeeld hebben wél zo’n eigen domein en hebben daardoor over aandacht niet te klagen. De opdracht als zodanig zou eveneens snel vergeten zijn indien niet het gehele

³² Bijv. HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378 (Royal & Sun Alliance), HR 29 juni 2012, LJN: BW1280 inzake een correctie op de opzeggingsmogelijkheid van art. 7:228 lid 2 BW en HR 22 juni 2012, LJN: BW5695 over derogerende werking van redelijkheid en billijkheid bij een arbeidsrechtelijke vervalltermijn.

³³ Recent HR 11 februari 2011, LJN: BO9573 (81 RO: arbeid of opdracht), HR 2 september 2011, *NJ* 2012, 75 (maatschap), HR 23 december 2011, LJN: BT8457 (effectenlease als koop op afbetaling), HR 27 april 2012, *NJ* 2012, 292 (standaardsoftware onder koop).

³⁴ Waarover A.G. Castermans en H.B. Krans, ‘Gemengde overeenkomsten’, *NbBW* 2003-7/8, p. 104-108; M.E. Hinskens-Van Neck en L.A.R. Siemerink, ‘Gemengde overeenkomsten’, *MvV* 2012-2, p. 1-10.

³⁵ Bijv. HvJ EU 5 juli 2012, C-49/11 (Content Services) inzake koop op afstand; HvJ EU 16 juni 2011, C-65 en 87/09 (Weber en Putz) inzake consumentenkoop; HvJ EG 26 maart 2009, C-348/07 (Semen) inzake agentuur; HvJ EG 30 april 2002, C-400/00 (Club Tour/Garrido) inzake pakketreizen. Zie nader Asser/Hijma 5-I, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV*, en Wessels en Verheij 2010.

³⁶ Vgl. E. Koops, *Vormen van subsidiariteit* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

³⁷ Waarom wel deze, en niet bankgarantie en vermogensbeheer, die vergelijkbare figuren behelzen?

gebied van beroepsaansprakelijkheid en dienstverlening hieronder zou vallen. Dit wijst erop dat de oude indelingen hun magie hebben verloren,³⁸ wat mede verklaart waarom er weinig animo is om het project van Boek 7 af te ronden met het overhevelen van de resten van Boek 7A.

Omgekeerd is er ook geen grote drang om nieuwe typeringen te volgen. Alhoewel er nog tal van andere soorten overeenkomsten bestaan – men spreekt over ‘onbenoemde’ overeenkomsten – gaan er nauwelijks stemmen op om deze alsnog te regelen, zelfs als er toch het een en ander aan materiaal bestaat voor zo’n codificatie. Denk bijvoorbeeld aan distributie en franchise, advisering, informatieverschaffing, die alle in de DCFR enige regeling hebben gekregen.

De lauwe stemming onder civilisten wordt weerspiegeld bij de wetgever.

Vermoedelijk wordt dat nog versterkt door de huidige tendens om het recht vooral te beschouwen als beleidsinstrument ten behoeve van regulering of ‘governance’ (men spreekt ook van instrumentalisering),³⁹ wat haaks staat op de klassieke gedachte van recht als zelfstandig normenstelsel, gericht op rechtvaardigheid. Codificatie leidt op zichzelf niet tot meer of betere regulering en is daarom minder interessant voor de hedendaagse overheid.

Bovendien lijkt men minder belang te hechten aan het systematisch bijhouden van regelingen in Boek 7. We merken dit bijvoorbeeld doordat men nieuwe overeenkomsten zonder aarzeling buiten het BW wil codificeren, zoals het auteurscontractenrecht, dat in de Auteurswet wordt ondergebracht,⁴⁰ en de poging de medische behandelingsovereenkomst over te hevelen naar een aparte Wet cliëntenrechten zorg.⁴¹

6. Perspectiefwisseling

Meer in het algemeen wordt getwijfeld aan de zin van een wetboek bijzondere overeenkomsten, aangezien de eigenlijke verschillen liggen tussen consumenten

³⁸ Vgl. G. Samuel, ‘Classification of contracts: A view from a common lawyer’, in: F.J.A. Santos, C. Baldus en H. Dedek (red.), *Vertragstypen in Europa*, München: Sellier 2011, p. 117-152.

³⁹ Vgl. C. Schmid, ‘Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union’, Nomos: Baden-Baden 2010.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 2 (Voorstel van wet).

⁴¹ Inmiddels teruggedraaid, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 402, nr. 7 (Nota van wijziging), p. 30.

enerzijds en bedrijven of handel anderzijds.⁴² Dit overstijgt de klassieke indeling in verschillende soorten bijzondere overeenkomsten.

Bijzondere consumentenregels komen met name uit regels van de Europese Unie. Diverse nieuwe regelingen voor bijzondere overeenkomsten zijn gevolg van Europese richtlijnen. De al vaker gesignaleerde Europese invloeden laten zich vooral bij bijzondere overeenkomsten gelden. **De Europese invloed leidt regelmatig tot onsystematische regels die slecht zijn ingebed in ons huidige systeem.** De financiële zekerheidsovereenkomst bevat goederenrechtelijke regels die beter in Boek 3 passen; artikel 7:48i BW verwijst naar ‘diensten’ terwijl titel 7.7 daarvoor de term ‘opdracht’ hanteert. Dat is overigens deels te wijten aan slordigheid van de nationale wetgever. Daarnaast blijft, vanwege de eerder aangestipte jurisprudentie van het Hof van Justitie, de nationale implementatie beperkt van betekenis: we moeten blijven kijken naar de Europese ontwikkelingen. Het is op dit moment onzeker hoever de Europese regelgeving zal gaan: de plannen voor een volledig Europees BW zijn afgeschoten, ook is de Consumentenrichtlijn beperkter van opzet dan eerder gedacht, er wordt echter wel gewerkt aan een gemeenschappelijk kooprecht.⁴³

Overigens is de implementatie in het BW slechts één zijde van deze Europese regels. De regelgeving leidt mede tot bestuursrechtelijke regels die dezelfde rechtsverhouding raken: zie bijvoorbeeld de regels rond verzekeringen. Overigens zien we dit ook bij puur nationale regels, zie bijvoorbeeld de vele publiekrechtelijke regels op het gebied van gezondheidsrecht en arbeidsrecht.⁴⁴ Ook dit leidt tot twijfel aan de relevantie van privaatrechtelijke codificatie: misschien is het gehele onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht achterhaald?⁴⁵ Opnieuw is het zinvol te wijzen op de opkomst van functionele rechtsgebieden, die zowel privaatrecht als publiekrecht omvatten.

⁴² Zie Van Boom 2003, met verwijzingen, en ten aanzien van handel zie R.Q.J. Klomp, ‘Geschiedenis, bij wijze van inleiding’, in: R.Q.J. Klomp e.a., ‘Het eigen gezicht van het handelsrecht’ (Preadvies Vereniging ‘Handelsrecht’), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 1-82 en A.C. van Schaick, ‘De ondernemer, de consument en hun overeenkomsten’, in: Klomp e.a. 2000, p. 83-128; F. Molenaar, ‘Het moderne handelsrecht’, in: D.L.M.T. Dankers-Hagenaars e.a., *Aan Wil besteed*, Deventer: Kluwer 2003, p. 265-282.

⁴³ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM (2011) 635 def.; zie J.M. Smits, ‘Gemeenschappelijk Europees kooprecht gaat niet ver genoeg’, *AA* 2012-5, p. 348-351,

⁴⁴ Ook leiden publiekrechtelijke doelstellingen tot wijziging van het BW, zoals de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, die de regeling van de arbeidsovereenkomst wijzigde.

⁴⁵ Zie W. van Gerven en S. Lierman, *Algemeen deel 40 jaar later*, Antwerpen: Kluwer 2010 en ook het overzicht van F.J. van Ommeren, ‘Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht’, *Ars Aequi* 2012-7/8, p. 562-572.

Tot slot is ook een deel van de wetenschappelijke aandacht gericht op rechtsvergelijking,⁴⁶ of zelfs afgewend van het positief recht: in het bijzonder is veel werk besteed aan het opstellen van 'Principles' die geen geldend recht zijn⁴⁷ en inmiddels in het DCFR zijn opgenomen.⁴⁸ Onduidelijk is hoeveel invloed deze op het recht zullen hebben.

7. Terugblik

Twintig jaar verder, en wat is er over van de codificatiedroom? Boek 7 lijkt niet meer te zijn dan een aanknopingspunt voor functionele rechtsgebieden – en dan niet eens voor alle – die zich deels onttrekken aan privaatrechtelijke regelgeving; bovendien bevat het steeds minder autonome codificatie en steeds meer onsystematische, afhankelijke implementatie van Europese regels. **Alhoewel we binnen het deel wat ons resteert nog kunnen doen alsof er niets veranderd is en braaf de ontwikkelingen in kaart kunnen brengen, rijst onontkoombaar de verdenking dat dit achterhoedegevechten zijn,** het voortbouwen op een langzaam aflopend verleden, terwijl het echte leven zich elders afspeelt. Wie zich wil specialiseren, kiest voor een functioneel gebied (zoals paard en recht, sportrecht, enzovoort); een beperking tot louter één type overeenkomst is achterhaald. Wie algemene regels verlangt, ziet liever in het geheel geen boek bijzondere overeenkomsten. Wie specifieke regulering wenst, richt zich op een wetboek van consumentenrecht of handelsrecht.

Nochtans is er ook reden om hier anders over te denken. Meijers en Scholten waren zich al bewust van de invloed van publiekrecht en regelingen buiten het BW,⁴⁹ de betekenis van private regelgeving⁵⁰ en de noodzaak van een internationale rechter

⁴⁶ Bijv. H. Sivesand, *The Buyer's Remedies For Non-Conforming Goods*, München: Sellier 2005; V. Mak, *Performance-oriented remedies in European Sales of Goods Law*, Oxford: Hart Publishing 2009; R. Zimmerman (red.), *Service Contracts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010.

⁴⁷ De Principles of European Law: Sales (PELS), Principles of European Law: Service Contracts (PELSC), Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PELCAFD).

⁴⁸ Zie ook bijdragen in A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code* (4e dr.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

⁴⁹ E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* (deel I), Universitaire Pers Leiden: Leiden 1954 (hierna: VPO I), p. 112-119, 155, 178-179, P. Scholten, *Verzamelde Geschriften* (deel III), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951 (hierna: VG III), p. 25-27. Het feit dat ik deze verwijzing volledig moet vermelden, geeft al aan hoezeer deze auteurs uit het rechtsbewustzijn zijn verdwenen: ooit wist iedere jurist wat er met VPO werd bedoeld.

⁵⁰ Meijers, VPO I, p. 36-39, 192.

om tot uniforme rechtsontwikkeling te komen.⁵¹ Zij hadden een vrij nuchtere kijk op codificatie: het strekte tot niet meer dan voor enige tijd⁵² ordening in de onoverzienbare hoeveelheid materiaal te brengen.⁵³ Die ordening gold met name bij het hanteerbaar maken van de toenemende hoeveelheid rechtspraak,⁵⁴ doch ook het weer onderbrengen van stukken recht in het BW die tot dan daarbuiten waren geregeld.

Regeling van bijzondere overeenkomsten heeft zo gezien nut voor zover dit leidt tot meer overzicht; voor zover dat niet zo is, kan dat beter achterwege blijven. Hetzelfde geldt evenwel voor alternatieven. **Vanuit de rechtspraktijk gezien valt het moeilijk voor te stellen dat er helemaal geen regels zouden zijn over bijzondere overeenkomsten.** In het bijzonder de regels over koop, arbeidsovereenkomst, huur, verzekering zijn heilzaam: de jurisprudentie hierover is zo omvangrijk en de casus zijn regelmatig zo specifiek verbonden aan de bijzonderheden van de overeenkomst dat het een te grote belasting van het algemene verbintenissenrecht zou betekenen om alles onder te brengen onder algemene regels als de nakoming van overeenkomsten en de redelijkheid en billijkheid. Bovendien kan de wetgever eenvoudiger systematische wijzigingen invoeren, zoals bijvoorbeeld bij het verzekeringsrecht een nieuwe regeling voor vervalbedingen is ingevoerd.

Een wetboek van consumentenrecht – waar veel voor te zeggen is – is geen wondermiddel: ook dat zal weer enigermate moeten differentiëren tussen verschillende overeenkomsten. Zo heeft het geen zin om regels over opzegging op te nemen bij de koop, dat is daarentegen bij dienstverlening, die veelal een duurovereenkomst impliceert, wel zinvol. Een te abstracte regeling leidt tot denkluheid doordat zij het denken niet prikkelt om concreet te worden. Als zulke onderscheiden niet op het niveau van de wet worden gemaakt, zullen zij door rechtspraak of doctrine toch moeten worden aangebracht, hetgeen de zinvolheid van de wettelijke regeling sterk beperkt. Bovendien geldt voor vele bijzondere overeenkomsten (zoals koop en opdracht) dat deze ook voor niet-consumenten regeling behoeven, terwijl andere zoals de agentuur of

⁵¹ Meijers, VPO I, p. 59

⁵² Meijers, VPO I, p. 39-41, 179-180, Scholten, VG III, p. 19, 22, 24-27.

⁵³ Meijers, VPO I, p. 143, 175, 188, vgl. Scholten, VG III, p. 13. Florijn (Ontstaan en ontwikkeling van het nieuw Burgerlijk Wetboek), diss. Maastricht 1995) geeft aan (p. 437-8) dat Meijers' bedoeling was vereenvoudiging (door de gelaagde structuur doorzetten), verbetering (van gebreken) en heropneming van bijzondere regelingen in het Burgerlijk Wetboek.

⁵⁴ Meijers, VPO I, p. 39-41, 143.

financiële zekerheidsovereenkomst weinig betekenis hebben voor consumenten. De aangewezen plaats voor regeling is dan een boek inzake bijzondere overeenkomsten. Bij gebreke van een Boek 7 zouden we aangewezen zijn op handboeken waarin vooral lagere jurisprudentie verzameld is, zoals ten aanzien van de franchiseovereenkomst het geval is. Overigens verplichten ook vele EU-richtlijnen tot implementatie in wetgeving van regels inzake bijzondere overeenkomsten. Het is een vertekening van de werkelijkheid dat Boek 7 vooral voor consumentenbescherming van belang zou zijn.

Kortom: alternatieven scoren niet beter, en de huidige situatie is niet slecht, zolang wij ons niet laten misleiden door een onzinnig ideaal van een totale definitieve codificatie. Meijers en Scholten hebben daar nooit in geloofd. Meijers voorzag reeds de hoeveelheid bijzondere regelingen die op het wetboek afkwamen. Hij gaf daarvoor de keuze tussen drie mogelijkheden: de regelingen volledig in het wetboek opnemen, of verschillende afzonderlijke codificaties, of het burgerlijk wetboek als ‘een verzameling van de meest belangrijke en onderling samenhangende rechtsregels met daarnaast een uitwerking der rechtsstof in bijzondere wetten of wetboeken’.⁵⁵ Van belang was vooral die samenhang,⁵⁶ wat Scholten aanduidde als systeem.⁵⁷ Om die reden pleitte Meijers toch er voor om functionele rechtsgebieden zo veel mogelijk in het BW te regelen:

‘Laten wij echter voorzichtig zijn met aldus het Burgerlijk Wetboek uiteen te rijten en die delen van het burgerlijk recht, die niet goed gekend kunnen worden, wanneer zij niet in onderlinge samenhang en verwantschap behandeld en bestudeerd worden, van elkander te vervreemden.’⁵⁸

8. Vooruitblik

Wat zien we na twintig jaar? Een massa zeer divers materiaal waartussen nauwelijks onderling verband lijkt te bestaan. Er is helaas weinig aandacht besteed aan de onderlinge systematiek van de titels.⁵⁹ De waarde ligt veeleer daarin dat door opname

⁵⁵ Meijers, VPO I, p. 179.

⁵⁶ Meijers, VPO I, p. 179.

⁵⁷ Scholten, VG III, p. 12-14, 23, 40, 44.

⁵⁸ Meijers, VPO, p. 155.

⁵⁹ Zie t.a.v. de in 1992 ingevoerde titels E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Universitaire Pers Maastricht: Maastricht 1995, p. 469-473, en bijv. over opdracht versus aanneming Asser/Van den Berg 5-IIIC, nr. 27-28.

in Boek 7 BW de rechtsvorming is ingebed in, en plaatsvindt onder verwijzing naar, de algemene regels van het vermogensrecht. Codificatie geeft rechtspraak en doctrine verder een houvast, een kapstok om materiaal te ordenen. Er blijven echter onvermijdelijk veel relevante regels buiten het BW liggen.

Vanuit zo'n nuchter gezichtspunt bezien is Boek 7 redelijk succesvol, al had de systematiek meer aandacht kunnen krijgen en zijn de functionele rechtsgebieden niet zo gericht op aansluiting bij het algemene recht als wenselijk zou zijn. De concrete verbetering en ontwikkeling van regels geschiedt vooral binnen die deelgebieden en kan ook op dat niveau blijven. Dat neemt niet weg dat het ook voor niet-specialisten – en in de rechtenstudie – zinvol is om soms kennis te nemen van die deelgebieden, aangezien zich daar vaak concrete spanningen voordoen waar men ook voor de algemene rechtsontwikkeling van kan leren. Zoals Meijers zei:

‘De beheersing der hoofdbeginselen en het onderling in verband bestuderen der onderdelen heeft steeds de kracht van de goede civilist uitgemaakt.’⁶⁰

Wat jammer is, is dat de systematische doordenking in de doctrine, die de noodzakelijke opmaat is voor dieper begrip of zelfs codificatie, in deze tijd weinig aandacht krijgt. Rechtswetenschappers wenden zich hier van af nu werken aan het ‘systeem’ slechts op hoon van NWO en universitaire bestuurders mag rekenen, terwijl rechtspractici zuchten onder de druk van productienormen (bij rechters) of urennormen (bij advocaten).

Voor de toekomst schat ik in dat de wetgever alleen tot nieuwe codificatie overgaat wanneer Europese regelgeving dat eist. Toch koester ik een stille hoop dat althans de personenvennootschap toch nog zal worden ingevoerd, en heel misschien een krachtadig minister ook de restanten van Boek 7A overhevelt naar Boek 7 BW. Meer dan dat valt in de huidige tijd niet te verwachten.

⁶⁰ Meijers, VPO I, p. 179.